

LAS HORAS EXTRAORDINARIAS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

SUMARIO

I. Introducción.—II. Delimitación conceptual de las horas extras.—
III. Las horas extras en relación con la jornada ordinaria y sus regímenes especiales. 1. El tratamiento especial de las horas de emergencia. 2. Horas «recuperables». 3. La jornada de trabajo en cómputo anual y su incidencia en el cómputo de horas extraordinarias. 4. La especial problemática de las horas extraordinarias semanales dedicadas al mantenimiento. 5. Las horas extras en jornada nocturna. 6. Las horas extras y los regímenes especiales de jornada. 7. La jornada en Transportes y las horas extras.—IV. La cotización de las horas extras a la Seguridad Social.—V. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

Dentro de los objetivos de reparto del tiempo de trabajo, siempre se plantea como una medida a adoptar, la reducción de las horas extras. Sin embargo, su utilización ha sido hasta épocas recientes buscada tanto por las empresas como por los trabajadores.

Para los trabajadores viene a suponer un sistema de ingresos adicionales, que permite incrementar el consumo, alcanzándose cotas en el nivel de vida que con el salario ordinario no se alcanzaban.

Para la empresa era un medio de absorber las elasticidades de la demanda de productos, sin recurrir a contrataciones eventuales difíciles de lograr por la inmediatez de su necesidad y por la dificultad de encontrar personal entrenado para el trabajo a realizar.

Por otro lado, al ser discrecional su otorgamiento, aparte de la voluntariedad de su realización, constituía un instrumento de premiar o sancionar

a los trabajadores en función de su identificación con la empresa, siendo las horas extraordinarias por esta causa «enemigas del poder sindical de clase, al quebrar la solidaridad o ser elementos disuasorios de acciones concretas» (1).

Desde el punto de vista del empleo, resulta evidente que si se quiere una redistribución del trabajo, como bien escaso en tiempo de crisis económica, ha de procederse a una erradicación de la masiva ejecución de las horas extras, realizándose un estricto control administrativo, referido al respeto por parte de las empresas de los topes de horas máximas realizables.

En esta línea puede afirmarse que una eficaz acción normativa debe tender en tres direcciones:

- Limitar las horas extraordinarias.
- Incrementar el costo de las horas extras por vía de los recargos salariales.
- Elevar la cotización a la Seguridad Social.

La tendencia legislativa en nuestro ordenamiento jurídico ha sido precisamente la que acabamos de reseñar, incentivándose además la contratación directa de personal (a tiempo parcial, contratos temporales), en búsqueda de una reactivación del mercado de trabajo y elevación del nivel de empleo.

Veamos, seguidamente, un amplio análisis de la problemática jurídica que, en nuestro derecho positivo reviste la ejecución de horas extraordinarias.

II. DELIMITACION CONCEPTUAL DE LAS HORAS EXTRAS

Siguiendo al profesor Alonso Olea puede decirse que hora extraordinaria, en principio, es la que excede de las cuarenta y tres o cuarenta y dos semanales, fijadas en el artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores (2). Ahora bien, no existiendo una delimitación conceptual clara en el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, ni proporcionándonos una definición de la misma nuestro ordenamiento vigente, caben, como señala Izturiz de Aguinaga, dos criterios para precisar cuándo una hora tiene tal carácter y, por tanto, se ha de abonar con el incremento que se fije en convenio colec-

(1) SEGISMUNDO CRESPO VALERA y JOSÉ ANTONIO ZAPATERO SANZ, «La política de empleo», pág. 138. Ponencia presentada a las II Jornadas Técnicas de la Inspección de Trabajo, Madrid, 1982.

(2) MANUEL ALONSO OLEA, *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*. Editorial Civitas, Madrid, 1980, pág. 118.

tivo o convenio individual, que «en ningún caso será inferior al setenta y cinco por ciento sobre el salario que correspondería a cada hora ordinaria» (artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores). Tales criterios son (3):

— Que únicamente se consideren horas extraordinarias las que se realizan por encima de la semana ordinaria de trabajo. En este caso nos encontraríamos con un excedente de horas suplementarias, no extras, que se pagarían a prorata.

— Que, por el contrario, se consideren horas extraordinarias aquellas que superen la jornada, pactada individual o colectivamente, que se realice de forma efectiva, la cual puede ser inferior a la máxima y general.

En nuestra opinión, entendemos que por jornada ordinaria de trabajo habrá de entenderse la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo, tal como se infiere del artículo 34.1 del Estatuto de los Trabajadores, si bien habría de respetarse los límites cuantitativos (43/42 horas según la modalidad de jornada partida o continuada) fijadas en el apartado 2, de ese mismo artículo, deviniendo en consecuencia hora extra la que efectivamente se realiza por encima de la jornada pactada, que podrá estar regulada a través de convenio colectivo, con carácter anual, si bien en estos casos, como nos dice el profesor Alonso Olea (4) debe tenerse en cuenta:

— Que cualquier hora diaria de trabajo a partir de la décima, inclusive, es extraordinaria, cualquiera que sea el número de horas semanales (artículo 34.2, párrafo 4, del Estatuto de los Trabajadores).

— Que la distribución desigual del tiempo de trabajo entre las semanas de cada año permite horas ordinarias en distinto número dentro de cada semana, si no se rebasa el número global anual.

III. LAS HORAS EXTRAS EN RELACION CON LA JORNADA LABORAL ORDINARIA Y SUS REGIMENES ESPECIALES

Como dijimos anteriormente, nuestro ordenamiento jurídico no nos facilita una definición de hora extraordinaria, limitándose el artículo 35.1 del

(3) FRANCISCO JAVIER DE IZTURIZ DE AGUINAGA, «Difícil delimitación conceptual de las horas extraordinarias», en *Boletín Informativo de la Inspección de Trabajo*, número 0, Madrid, 1982, pág. 31.

(4) ALONSO OLEA, *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*, Obra cit., pág. 118.

Estatuto de los Trabajadores a señalar que «cada hora de trabajo que se realice sobre la duración máxima de trabajo» se abonará con el incremento que se fije «en convenio colectivo o contrato individual», bien entendido que en ningún caso «el incremento será inferior al setenta y cinco por ciento sobre el salario que correspondería a cada hora ordinaria».

Junto a esto, el apartado 2 del precitado artículo 35 fija como limitación cuantitativa la de no superar el número de dos al día, quince al mes y cien al año (5). En todo caso, habría de tenerse en cuenta que en la ejecución de las horas extras, la iniciativa corresponderá al empresario y la libre aceptación, o denegación, al trabajador salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo (artículo 35.4 del Estatuto de los Trabajadores).

1. *El tratamiento especial de las horas de emergencia*

Siguiendo al profesor Alonso Olea, son «horas de emergencia» de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores (art. 35.3), *el exceso* de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros o daños extraordinarios y urgentes.

Como características podemos señalar las siguientes:

- Son obligatorias.
- No se exige previa aceptación individual o colectiva.
- Su pago o abono es igual al de las horas extras.
- No entran en el cómputo de las horas extraordinarias, ni de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral.

2. *Horas «recuperables»*

Para Izturiz de Aguinaga (6), que sigue a A. Montoya Melgar, este supuesto viene previsto en el artículo 8 de la Ley de Jornada Máxima Legal que alude a la recuperación de horas perdidas por fuerza mayor no imputables al patrono, el cual puede distribuirlas en los días laborables de las semanas siguientes, siendo pagadas a prorrata.

Es este el único supuesto legal de recuperación de jornadas, a no ser

(5) La superación de estos topes constituirá infracción administrativa que será sancionada, en base al artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores, por la Autoridad laboral competente, a propuesta de la Inspección de Trabajo.

(6) «Difícil delimitación conceptual de las horas extraordinarias», en *Boletín Informativo de la Inspección de Trabajo*, núm. 0, primer trimestre de 1982, Madrid, página 34.

que en convenio colectivo se haya pactado tal jornada de recuperación de los llamados «puentes» o días no trabajados de común acuerdo, pero obviamente en esta recuperación habrá de respetarse el límite máximo de la jornada ordinaria fijada por el artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores con nueve horas de trabajo efectivo.

3. *La jornada de trabajo en cómputo anual y su incidencia en el cómputo de horas extraordinarias*

Especial importancia para el cómputo de las horas extras reviste «la jornada anual», pactada en convenio colectivo, dada la desigual distribución que de la misma se puede hacer a lo largo de las diversas semanas del año, no pudiéndonos, en consecuencia, ceñir al análisis de si en una semana en concreto se superan las 42/43 horas y considerar el resto como extraordinarias, puesto que el cómputo ha de efectuarse globalmente con carácter anual, si bien, en todo caso habría de respetarse en esa distribución semanal irregular los siguientes límites, establecidos en el artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores:

a) En ningún caso se podrán realizar más de nueve horas ordinarias de trabajo efectivo.

b) Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán como mínimo doce horas.

Lógicamente, la distribución de la jornada ha de concretarse de forma específica en el Cuadro-Horario y Calendario Laboral, de aplicación a la empresa en cuestión, de tal manera que, sin necesidad de esperar al final de cada año, se puede apreciar la existencia de horas extras en todos aquellos casos en que se haya superado la jornada diaria o semanal, fijada en el referido Cuadro-Horario.

4. *La especial problemática de las «horas extraordinarias semanales» dedicadas al mantenimiento*

La regulación de la jornada y el régimen de horas extraordinarias contenidas en el Estatuto de los Trabajadores, se fundamenta en el principio de autonomía de las partes, proclamándose como norma general la subordinación a lo acordado por éstas en convenio colectivo o contrato, bien que como límite a esa libertad de negociación se establezcan unos topes de duración de la jornada y de número máximo de horas extras realizables.

Constituyendo la esencia de la hora extraordinaria que su ejecución tenga lugar sobre la duración máxima semanal de la jornada ordinaria pactada,

es necesario precisar, como afirma el preámbulo de la Instrucción de 8 de octubre de 1981 del Ministerio de Trabajo (*BOE*, de 20 de octubre de 1981), la forma de computar los límites establecidos para el número de horas extras (artículo 35.2 del Estatuto de los Trabajadores), en función, tanto del módulo convenido para el cómputo de la jornada como de la distribución horaria de ésta en el conjunto de días laborables de la semana, de tal manera que sea posible la realización de tales horas en el día laborable libre cuando la jornada normal se ha concentrado en un número reducido de días.

En consecuencia, y mediante lo establecido en la parte dispositiva de la Instrucción antes reseñada, el Ministerio de Trabajo estima que «cuando el calendario laboral aplicable, según convenio colectivo, distribuya la jornada ordinaria en un número de días inferior a los laborables de la semana, y por razones técnicas de mantenimiento o estructurales procede la realización de horas extraordinarias, acumuladamente, en día laboral distinto a los consignados para la jornada ordinaria, podrán realizarse en el referido día hasta un número máximo de seis horas con dicho carácter extraordinario».

La finalidad perseguida por esta Instrucción consiste en evitar que una interpretación rígida del artículo 35.2 del Estatuto de los Trabajadores pueda dificultar la realización de labores de mantenimiento, actuando como impedimento de la moderna tendencia a acumular el total horario en los cinco primeros días de la semana, a cambio de un más prolongado descanso al final de la misma, distribución generalmente preferida por el trabajador.

Así pues, sintéticamente, podemos reseñar que para la superación del límite diario de horas extras, establecido en el artículo 35.2 del Estatuto de los Trabajadores, acogiéndose a lo preceptuado en la Instrucción de 8 de octubre de 1981, habrán de cumplimentarse los requisitos siguientes:

- a) Que se trate de ejecutar trabajos basados en razones técnicas, de mantenimiento o estructurales.
- b) Que en convenio colectivo se distribuya la jornada ordinaria en un número de días inferior a los laborales de la semana.
- c) Que no se realicen más de seis horas en ese día laboral, en principio vacacionable según el Calendario Laboral de la empresa.
- d) Que se respeten los topes máximos de horas extraordinarias mensual y anual de 15 y 100, respectivamente.
- e) Que se respete el descanso mínimo semanal previsto en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores.
- f) Que se respete lo establecido en el artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores, en lo que se refiere al máximo de horas ordinarias diarias permitidas y descanso entre final de jornada y comiendo de la siguiente.

5. *Las horas extras en jornada nocturna*

A tenor de lo establecido en el artículo 35.6 del Estatuto de los Trabajadores, se prohíbe la realización de horas extraordinarias en período nocturno, entendiéndose por tal, visto el artículo 34.6 del mismo cuerpo legal, el plazo comprendido entre las 22 y las 6 horas.

Por consiguiente, y *a sensu contrario*, no existe prohibición para poder realizar horas extras fuera del referido período, aunque presuntamente sea nocturno.

Ahora bien, en la disposición reseñada del Estatuto de los Trabajadores (artículo 35.6), se «desdecretiza» el tema, autorizándose al Ministerio de Trabajo para que puedan realizarse horas extras en período nocturno para casos y actividades especiales debidamente justificadas, con lo que podemos afirmar nos encontramos con una prohibición «flexible», que puede ser derogada mediante simple Orden Ministerial.

6. *Las horas extras y los regímenes especiales de jornada*

Al amparo de la Disposición Final Cuarta del Estatuto de los Trabajadores continúan en vigor, aunque en calidad de normas reglamentarias, las disposiciones con rango de ley que regulan cuestiones relativas a jornada. Igualmente, se seguirá aplicando la normativa específica sobre jornada, descansos y movilidad geográfica en el sector transportes.

En consecuencia, se impone proceder a una enumeración de cuáles sean estas disposiciones, dada la incidencia que las mismas tienen sobre el conjunto de horas extras, pudiéndose afirmar que los límites generales en cuanto a su realización no resultan aplicables en estos supuestos de regímenes especiales, aunque lógicamente serían retribuidas con los recargos correspondientes todas las que excedan de la jornada ordinaria o en todo caso de nueve horas diarias.

Las disposiciones que regulan las jornadas especiales, con las incidencias propias establecidas por el Estatuto de los Trabajadores, podemos resumirlas en los siguientes puntos:

a) Agricultura, ganadería, industrias derivadas y trabajos con ellas relacionados (arts. 23 y 26 de la Ley de Jornada Máxima Legal).

b) Minas, salinas y canteras (arts. 33 al 45 de la Ley de Jornada Máxima Legal).

c) Trabajos en los tejares (arts. 47 y 48 de la Ley de Jornada Máxima Legal).

d) Metalurgia (art. 49 de la Ley de Jornada Máxima Legal).

e) Trabajo en el mar (arts. 34 a 44 de la Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1952, sobre los que incidió el Decreto 2.279 de 16 de septiembre de 1976, sobre régimen transitorio de jornada y descansos en el trabajo en el mar).

f) Dependencia mercantil (arts. 103, 104 y 105 de la Ley de Jornada Máxima Legal).

g) Servicios diversos: personal al servicio de hospitales, y porteros y vigilantes (arts. 107 y 108 de la Ley de Jornada Máxima Legal).

7. *La jornada en Transportes y las horas extras*

Aunque en el sector del Transporte podemos hablar de un régimen especial de jornada, y por consiguiente el tratamiento de esta materia debería haberse efectuado en el epígrafe anterior, hemos querido, no obstante, dedicarle un apartado específico en atención a sus peculiaridades y a la trascendencia que posee.

a) *La jornada en los transportes ferroviarios.*

Conforme al artículo 2 del Real Decreto de 7 de mayo de 1976, vigente a tenor de lo establecido en la Disposición Final Cuarta del Estatuto de los Trabajadores, podrán realizarse hasta veintiocho horas de exceso sobre la jornada ordinaria semanal, sin que en ningún día el número total de horas de trabajo pueda pasar de doce horas, abonándose el exceso de tiempo sobre la jornada semanal de la forma siguiente:

— El personal de conducción y de ruta percibirá las horas extraordinarias que, en cómputo de semanas, excedan de la jornada ordinaria semanal y en todo caso las que en cualquier día excedan de diez horas (en servicios continuados) y de doce en servicios interrumpidos.

— El resto del personal cobrará el exceso de tiempo sobre la jornada ordinaria semanal a prorrata del salario de la hora ordinaria, excepto el tiempo que en cualquier día excedan de once horas y veinte minutos que se abonará con el recargo de las horas extraordinarias.

— El tiempo invertido en los viajes un servicio, así como las situaciones de reserva y espera, se computará por la mitad, y se abonará en proporción del volumen de horas alcanzado.

b) *La jornada en transportes por carretera.*

El personal que presta sus servicios en el transporte urbano e interurbano, bien de viajeros o de mercancías, podrá realizar, como preceptúa el artículo 3 del Real Decreto de 7 de mayo de 1976 antes citado, hasta veinti-

ocho horas extraordinarias sobre la jornada ordinaria semanal, siempre que se trate de realizar trabajos imprescindibles e inaplazables y teniéndose en cuenta las limitaciones vigentes.

— En ningún día el número total de horas ordinarias y extraordinarias podrá pasar de doce dentro de las que tendrá que existir un descanso mínimo de dos horas.

— Tendrá que existir un descanso mínimo ininterrumpido de doce horas entre jornada y jornada.

Por otra parte, la normativa que estamos comentando preceptúa que el tiempo invertido en las esperas motivadas por averías será computable como de trabajo, así como las horas de esperas en localidades distintas de las de principio y fin de trayecto, siempre que el trabajador esté sujeto a la vigilancia del vehículo y en caso de quedar libre durante las horas de espera, dicho tiempo deberá computarse por mitad.

Ya que hablamos de las «horas de espera», resulta obligado, para concluir, consignar la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo sobre esta materia, pudiéndose reseñar al respecto, como más significativa la Sentencia de 13 de febrero de 1979 (Fallo núm. 446/78), en la que se consigna que «la espera» no es prestación «efectiva» de trabajo, sino una simple expectativa para reanudar la jornada, razón por la que se estima que las citadas horas no pueden ser consideradas como extraordinarias, ni pueden ser sumadas a las efectivas de trabajo, pagándose exclusivamente a prorratas de la hora base ordinaria.

IV. LA COTIZACION DE LAS HORAS EXTRAS A LA SEGURIDAD SOCIAL

El importe de las horas extras, conforme establece el artículo 73 de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974, se encuentra excluido de la cotización a las contingencias generales, formando sólo parte de la base de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, así como de la de Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional.

Esta tendencia legislativa cambia sustancialmente con el Real Decreto 82, de 19 de enero de 1979, y Real Decreto 1.858, de 20 de agosto de 1981, al considerarse por el ejecutivo como una vía más adecuada para la creación de empleo, la reducción de horas extraordinarias, para lo cual se incrementan sustancialmente los tipos de cotización a la Seguridad Social del importe de las horas extras.

Así, se establece un recargo del 14 por 100 en la cotización por la aludida contingencia desde enero de 1979, cotización que vuelve a incrementarse en agosto de 1981 en 10 puntos, alcanzándose el 24 por 100, del cual un 50 por 100 de este incremento sería abonado por el empresario y el 50 por 100 restante a cargo del trabajador, si bien este incremento no sería de aplicación a las que el Decreto aludido denomina «horas estructurales».

Por último, mediante Real Decreto 92/1983, de 19 de enero, se vuelve a incrementar la cotización de las horas extras no estructurales, pasando al 30,60 por 100, del cual el 25,80 corre a cargo de la empresa y el 4,80 a cargo del trabajador.

Ahora bien, para que las horas extraordinarias motivadas por causa de fuerza mayor y las estructurales que como tales se pacten en convenio coticen únicamente con el incremento del 14 por 100, es preceptivo, a tenor de lo previsto en la Orden Ministerial de 1 de marzo de 1983, que se cumplan los requisitos siguientes:

- a) Ha de notificarse mensualmente a la Autoridad laboral conjuntamente por la empresa y representación legal de los trabajadores.
- b) Las horas extras se ejecutarán en períodos puntas de producción, ausencias imprevistas, cambios de turno o mantenimiento.
- c) Que no sea posible sustituir la ejecución de horas extras por contrataciones temporales a tiempo parcial.

Como puede apreciarse, la propia norma que encarece y dificulta la realización de horas extras establece un «trato de favor» a determinadas necesidades que pueden presentarse en el seno de la empresa, con lo que la eficacia de la misma y la consecución del fin perseguido queda, en parte, cuestionada por el uso (y abuso) que se haga de la «fuerza mayor» y las «necesidades estructurales».

V. CONCLUSIONES

Y ya, para terminar la elaboración del presente estudio, podemos establecer, a modo de conclusiones, los siguientes puntos:

- a) Las horas extraordinarias suponen un valioso elemento de intervención en la política económica y social.
- b) La redistribución del volumen global de horas extra, mediante una progresiva eliminación de las mismas, puede constituir una importante medida de fomento de empleo.
- c) Mediante un recargo en el valor de la hora base y la elevación de

las cuotas a la Seguridad Social, por este concepto, se puede disuadir la tendencia a su ejecución.

d) El control de la realización de horas extras por parte de la Administración del Estado, a través del Cuerpo Nacional de la Inspección de Trabajo, debe mantenerse e incluso reforzarse, como garantía eficaz en la corrección de posibles situaciones fraudulentas.

e) En todo caso, ha de tenerse en cuenta la peculiaridad de determinados sectores económicos (transportes, trabajos a bordo, etc.) y la trascendencia que en los mismos tiene la ejecución de horas extras, razón por la que habrán de establecerse las oportunas medidas flexibilizadoras.

F. MANUEL DE LAS HERAS BORRERO

